

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/149721>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

# De Arbitragewet 2015, gezien in het licht van dwingend recht en regelend recht

Prof. mr. G.J. Meijer\* en mr. P.E. Ernste\*\*

*Per 1 januari is de Arbitragewet 2015 in werking getreden. Een van de belangrijke wijzigingen van de Arbitragewet 2015 betreft het belangrijke uitgangspunt van de partijautonomie in arbitrage. Met het oog daarop heeft in de Arbitragewet 2015 ten opzichte van de Arbitragewet 1986 een verschuiving van dwingend recht naar regelend recht plaatsgevonden, aldus dat in de Arbitragewet 2015 meer bepalingen regelend recht vormen. In de literatuur betreffende dwingend recht en regelend recht wordt voor het materieel recht en het procesrecht onderscheid gemaakt tussen dwingend recht dat van openbare orde is ('super-dwingend recht'), dwingend recht dat niet van openbare orde is ('gewoon-dwingend recht') en regelend recht. In deze bijdrage staat de vraag centraal of in de Arbitragewet 2015 eveneens onderscheid bestaat tussen super-dwingend recht, gewoon-dwingend recht en regelend recht en welke praktische gevolgen dit onderscheid heeft. Aldus zullen tevens de belangrijkste wijzigingen van de Arbitragewet 2015 de revue passeren.*

## 1. Inleiding

Per 1 januari 2015 is de Arbitragewet 2015 in werking getreden, waarmee de Arbitragewet van 1986 is gewijzigd.<sup>1</sup> De wetgever heeft met deze wijziging de arbitrageprocedure op punten willen vereenvoudigen en administratieve lasten willen verlichten, maar heeft ook beoogd de partijautonomie te vergroten en partijen ruimere mogelijkheden gegeven om zelf afspraken te maken voor hun arbitrage.<sup>2</sup> Dit laatste heeft ertoe geleid dat in de Arbitragewet 2015 een verschuiving heeft plaatsgevonden van dwingend recht naar regelend recht en is het aantal bepalingen van regelend recht vergroot. Hierbij lijkt het systeem vrij helder van opzet. Waar de wet voor een bepaling stipuleert dat partijen mogen afwijken of anderszins overeenkomen, vormt de desbetreffende bepaling

regelend recht. Het wemelt daarom in de wet van zinsneden als '[t]enzij de partijen anders zijn overeengekomen', dit hetzij aan het begin, hetzij aan het slot van een bepaling. Waar de wet zulks niet bepaalt, betreft het bepalingen van dwingend recht en mogen partijen niet afwijken (zie hierover uitgebreid par. 3.1.1).<sup>3</sup>

De genoemde vrijheid om af te wijken of anderszins overeen te komen bestaat slechts voor partijen en niet voor het scheidsrecht. Het is het scheidsrecht niet toegestaan om buiten een daartoe strekkende overeenkomst tussen partijen af te wijken van bepalingen van regelend recht. Afwijkende afspraken kunnen blijken uit door partijen zelf gemaakte afspraken, maar ook uit een door partijen gekozen arbitragereglement.<sup>4</sup>

De verschuiving van bepalingen van dwingend naar regelend recht heeft tot gevolg dat het onderscheid tussen bepalingen van dwingend en regelend recht steeds belangrijker wordt. Ook buitenlandse arbitragewetten kennen dit onderscheid.<sup>5</sup>

In de literatuur over dwingend recht en regelend recht wordt zowel voor het materieel recht als voor het procesrecht onderscheid gemaakt tussen dwingend recht dat van openbare orde is ('super-dwingend recht'), dwingend recht dat niet van openbare orde is ('gewoon-dwingend recht') en regelend recht.<sup>6</sup> Op het eerste oog lijkt de wetgever voor de Arbitragewet 2015 slechts onderscheid te maken tussen bepalingen van dwingend recht en bepalingen van regelend recht. Het onderscheid dat in de literatuur betreffende het materieel recht en het procesrecht wordt gemaakt, doet de vraag rijzen of het onderscheid onder de Arbitragewet 2015 wel zo eenvoudig ligt. In deze bijdrage staat dan ook de vraag centraal of onder de Arbitragewet 2015 eveneens een onderscheid bestaat tussen super-dwingend recht en gewoon-dwingend recht,

\* Prof. mr. G.J. Meijer is hoogleraar Arbitration & Dispute Resolution aan de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam en partner bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam/Rotterdam.

\*\* Mr. P.E. Ernste is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Rotterdam en is fellow bij het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Stb. 2014, 254. Zie voor een algemene bespreking van de Arbitragewet 2015 J.W. Bitter, 'Modernisering van het arbitragerecht (Deel 1)', *TBR* 2014/201 en J.W. Bitter, 'Modernisering van het arbitragerecht (Deel 2)', *TBR* 2015/5; B.R.D. Hoebeke, 'Arbitragewet 2015: Le roi est mort, vive le roi!', *JBPR* 2015/1.

2. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet*, Deventer: Kluwer 2015, p. 18.

3. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet*, Deventer: Kluwer 2015, p. 21-22.

4. Zie hierover uitgebreid: G.J. Meijer, 'De nieuwe Arbitragewet (2015) gezien in het licht van de internationale arbitrage', nog te verschijnen in de NVvP-reeks.

5. Zie G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, p. 2120-2318.

6. Zie wat betreft het materiële recht: H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 159-160; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 9-10. Zie wat betreft het formele recht J.J. Vriesendorp, *Ambtsshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijke beding* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 173; B.T.M. van der Wiel, *Rechtsverhoudingen tussen procespartijen* (diss. Leiden, Serie Recht en Praktijk, deel 128), Deventer: Kluwer 2004, p. 187; M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 78-86.

beide afgezet tegen regelend recht (zie par. 3) en wat de praktische gevolgen van dit onderscheid zijn (zie par. 4). In de literatuur wordt overigens naast dit onderscheid tussen super-dwingend recht, gewoon-dwingend recht en regelend recht nog andere varianten van dwingend recht onderscheiden.<sup>7</sup> Deze varianten komen in deze bijdrage slechts aan de orde voor zover zij voor de aan de orde zijnde vragen van belang zijn.<sup>8</sup> Bij de beantwoording van de centrale vraag worden als uitgangspunt genomen de bepalingen die zijn neergelegd in het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, kortweg aangeduid als 'Arbitragewet 2015'. Buiten het bestek van deze bijdrage valt het genoemde onderscheid ten aanzien van het in arbitrage op het onderwerp van geschil toepasselijk materieel recht (art. 1054 lid 1 en 2 Rv).<sup>9</sup>

## 2. Dwingend en regelend materieel recht, en dwingend en regelend procesrecht

### 2.1. Begripsvorming

In het materieel recht heeft de Nederlandse wetgever onderscheid gemaakt tussen dwingend en regelend recht. Daarmee heeft de wetgever de vrijheid van partijen om bij overeenkomst hun rechtsverhouding te bepalen te beperken.

Het begrip 'dwingend recht' laat zich niet gemakkelijk definiëren. Een verzameling van definities is opgenomen in de monografie van Loth.<sup>10</sup> De lijn die hieruit gedestilleerd kan worden, is dat niet afgeweken mag worden van dwingend recht. De regels zijn in beginsel van toepassing, ongeacht hetgeen partijen hebben afgesproken.<sup>11</sup> In dwingend recht ligt volgens Scholten dan ook een dubbel bevel besloten, één aan de individuen die aan de wet zijn onderworpen, en één aan de organen met de handhaving van de wet belast.<sup>12</sup> In de literatuur wordt vervolgens onderscheid gemaakt tussen verschillende gradaties van dwingend recht. Daarbij wordt dan onderscheid gemaakt

tussen super-dwingend recht en gewoon-dwingend recht. Een eerste grondslag voor dit onderscheid wordt gevonden in art. 3:40 BW, waarbij het eerste lid als super-dwingend recht wordt aangemerkt en het tweede lid als gewoon-dwingend recht.<sup>13,14</sup> Een tweede grondslag wordt gevonden in art. 7:902 BW, dat bepaalt dat een vaststelling in strijd met dwingend recht (gewoon-dwingend recht) mag zijn zonder dat deze ongeldig is, maar dat wanneer de vaststelling in strijd komt met dwingend recht en tevens in strijd met de goede zeden of openbare orde (super-dwingend recht) de vaststelling nietig is.<sup>15</sup>

Onder regelend recht verstaat de literatuur de regels welke wijken voor de regeling die partijen zelf bij overeenkomst hebben gemaakt.<sup>16</sup> Het regelend recht dwingt niet onvoorwaardelijk. Er is slechts sprake van 'dwingen' in het geval dat de partijen bij overeenkomst geen afwijkende regeling hebben opgesteld. De leemten in overeenkomsten worden dan met dat regelend recht aangevuld.<sup>17</sup>

In de literatuur worden vervolgens twee vormen van regelend recht onderscheiden. Zo kan het zijn dat de wet slechts een contractuele verhouding aanvult wanneer een regeling op een bepaald punt in de door partijen opgestelde overeenkomst ontbreekt. De gelding van aanvullend contractenrecht in het geval dat partijen een bepaald punt niet in hun contract hebben geregeld, noemt men ook wel *opt-out*-regime. Een voorbeeld daarvan is art. 7:618 BW, waarin is bepaald dat, indien geen loon is vastgesteld, de werknemer aanspraak heeft op het loon dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor arbeid als welke is overeengekomen gebruikelijk is of, bij gebreke van een dergelijke maatstaf, op het loon dat met inachtneming van de omstandigheden van het geval naar billijkheid wordt bepaald. Daarnaast is het mogelijk dat de wet een bepaalde materie zelf regelt, maar deze regeling ter dispositie stelt van partijen, oftewel de partijen dienen zelf voor de regeling te kiezen. De wetgever beveelt niet, maar stelt een richtsnoer op. Dit wordt ook een *opt-*

7. Zie hierover uitgebreid: H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 159-164; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 6-10.

8. Zo wordt in de literatuur een onderscheid gemaakt tussen eenzijdig dwingend recht en meerzijdig dwingend recht. Van eenzijdig dwingend recht is sprake wanneer afwijking ten nadele van een van partijen is uitgesloten. In geval van meerzijdig dwingend recht dient de bepaling het belang van beide partijen (zie H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 162-163; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 7-8). Voorbeelden van eenzijdig dwingend recht in de Arbitragewet 2015 zijn art. 1038d en 1064a lid 5 Rv. Een ander onderscheid dat wordt gemaakt, is tussen bepalingen waarvan afwijking vanaf een bepaald tijdstip is toegestaan ('tijdelijk dwingend recht') en bepalingen waarvan afwijking van meet af aan is uitgesloten ('definitief dwingend recht') (zie H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 163; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 8). Een voorbeeld van een dergelijke bepaling in de Arbitragewet 2015 is art. 1057 lid 5 onderdeel c Rv.

9. Zie hierover uitgebreid: G.J. Meijer & H.A.M. van Roessel, 'Enige beschouwingen over goede mannen naar billijkheid – deel I', *TvA* 2010/12 en G.J. Meijer & H.A.M. van Roessel, 'Enige beschouwingen over goede mannen naar billijkheid – deel II', *TvA* 2010/28.

10. M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 2-5.

11. Zie M.W. Knigge, *De Procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*, Deventer: Kluwer 2012, p. 77.

12. Zie P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 21.

13. H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 159-160; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 9.

14. Art. 3:40 BW luidt als volgt: '1. Een rechtshandeling die door inhoud op strekking is strijd met de goede zeden of de openbare orde, is nietig. 2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.'

15. H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 159-160; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 9.

16. Zie L.J. van Apeldoorn, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandsche recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933, p. 90.

17. Zie L.J. van Apeldoorn, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandsche recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933, p. 90.

in-regime ofwel 'veilige havens' genoemd. In dit geval geldt het aanvullende recht in beginsel niet, tenzij partijen juist expliciet ervoor kiezen om de regeling wel voor hun overeenkomst te laten gelden. Een voorbeeld hiervan is de regeling van het boetebeding (art. 6:91-94 BW). Deze regeling is alleen van toepassing wanneer partijen in de overeenkomst een boeteding zoals neergelegd in art. 6:91 BW zijn overeengekomen.<sup>18</sup>

In vroegere literatuur werd wel aangenomen dat de bepalingen van het burgerlijk procesrecht betreffende de civiele procedure bij de gewone rechter alle van super-dwingend recht waren of werd slechts onderscheid gemaakt tussen super-dwingend recht en regelend recht.<sup>19</sup> De categorie gewoon-dwingend recht kende men niet. In de recente literatuur is dit uitgangspunt verlaten en wordt aangenomen dat het onderscheid tussen super-dwingend recht, gewoon-dwingend recht en regelend recht, zoals gehanteerd ten aanzien van het materieel recht, ook geldt voor het burgerlijk procesrecht met betrekking tot de civiele procedure bij de gewone rechter.<sup>20</sup> Van der Wiel noemt als voorbeelden van super-dwingend recht art. 111 Rv, dat regelt dat een dagvaardingsprocedure bij dagvaarding moet worden ingeleid, en art. 79 Rv, dat bepaalt dat partijen bij de rechtbank niet in persoon, maar bij advocaat moeten procederen.<sup>21</sup> Volgens Knigge zijn de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht van super-dwingend recht. Zij merkt hierbij op dat het feit dat afstand kan worden gedaan van de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht niet tot gevolg heeft dat dit geen regels van super-dwingend recht zijn. *Afstand* doen van deze rechten maakt deze rechten volgens Knigge niet van regelend recht, omdat in geval van afstand van recht de rechter niet steeds wordt gebonden en een partij (tot een bepaald moment) ook terug kan komen op de gedane afstand.<sup>22</sup> Bij dit laatste sluiten wij ons aan. Rueb noemt als voorbeeld van gewoon-dwingend recht art. 236 Rv, betreffende het gezag van gewijsde.<sup>23</sup> Voorbeelden van bepalingen van regelend recht die worden gegeven, zijn art. 329 Rv, waarin de overeenkomst van prorogatie is geregeld, art. 96 Rv, dat de kanton-arbitrage regelt, en art. 153, dat de bewijsovereenkomst betreft.<sup>24</sup>

## 2.2. Vaststelling of sprake is van dwingend dan wel regelend recht

Ten aanzien van het materieel recht wordt in het algemeen aangenomen dat voor de vaststelling of een bepaling dwingend dan wel regelend recht vormt allereerst moet worden gekeken naar de tekst van de wet zelf. Zo wijst de tekst van de wet op een bepaling van dwingend recht wanneer de wet met zoveel woorden een rechtshandeling (overeenkomst) ter zake verbiedt (bijvoorbeeld art. 6 BBA en art. 101 VWEU), wanneer de bepaling een daarmee strijdige rechtshandeling nietig of vernietigbaar verklaart (bijvoorbeeld art. 3:40 en 7:902 BW) of de wet bepaalt dat het sluiten van een bepaalde overeenkomst een strafbaar feit oplevert. In het laatste geval kan bijvoorbeeld worden gedacht aan art. 416 Sr, dat ziet op heling. Regelend recht is herkenbaar door formuleringen als 'tenzij anders is bepaald', 'tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit', of 'behoudends afwijkend beding'. Enkele voorbeelden van bepalingen waarvan uit de tekst blijkt dat deze van regelend recht zijn, zijn art. 3:37 lid 1 BW (betreffende de vorm van verklaringen), art. 6:249 BW (betreffende de verkrijging onder algemene titel) en art. 6:250 BW (betreffende regelend en dwingend recht in titel 6.5, afdeling 4). Indien een dergelijke zinsnede ontbreekt, mag daar a contrario niet uit worden afgeleid dat een bepaling van dwingend recht is. Wanneer de tekst van de wet daaromtrent geen uitsluitel biedt, dient naar de bedoeling van de wetgever en de strekking van de bepaling te worden gekeken. De ratio achter dwingend recht is niet steeds dezelfde. Te noemen zijn de bescherming van een zwakke partij, de belangen van derden en het algemeen belang. Wat betreft de bedoeling van de wetgever en de strekking van de bepaling zijn in de literatuur enkele algemene richtsnoeren te vinden. Zo is het goederenrecht, het personen- en familierecht en het rechtspersonenrecht in beginsel van dwingend recht (vgl. voor het laatste art. 2:25 BW), tenzij anders is bepaald of de aard van het recht anders meebrengt. Verbintenissenrecht is daarentegen in beginsel van regelend recht, tenzij de wet anders bepaalt of door de afspraak belangen van derden worden getroffen.<sup>25</sup>

Ten aanzien van het procesrecht wordt in het algemeen aangenomen dat de vraag of een bepaling van dwingend dan wel regelend recht is op dezelfde wijze moet worden bepaald als zojuist ten aanzien van het materieel recht is

18. Zie P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1974, p. 21; R.H.J. van Bijnen, 'Veilige Havens: Aanvullend Contractenrecht als Keuzemenu', *AA* 2006/55, p. 218; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 12.

19. Zie R. van Boneval Faure, *Het Nederlands burgerlijk procesrecht, I*, Leiden: E.J. Brill 1893 (3e druk), par. 3; C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten met medewerking van W.H. Ariëns, Haarlem: F. Bohn 1972 (nieuwe uitgave, 3e druk), nr. 18. Zie ook J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijke beding* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 173.

20. Zie J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijke beding* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 173; B.T.M. van der Wiel, *Rechtsverhoudingen tussen procespartijen* (diss. Leiden) (Serie Recht en Praktijk, deel 128), Deventer: Kluwer 2004, p. 187; M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 78.

21. Zie B.T.M. van der Wiel, 'De bewijsovereenkomst', *WPNR* 2002, afl. 6480, p. 221.

22. Zie M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 82-83. Vgl. ook P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Brussels: Bruylant 2001, nr. 22.

23. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2013, § 2.8.2.

24. Zie B.T.M. van der Wiel, 'De bewijsovereenkomst', *WPNR* 2002, afl. 6480, p. 221-222.

25. Zie M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 23-24; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/316.

opgemerkt.<sup>26</sup> Van der Wiel is van mening dat, wanneer de wettekst geen uitsluitel geeft over de vraag of het gaat om een bepaling van super-dwingend procesrecht, gewoon-dwingend procesrecht of regelend procesrecht, als uitgangspunt heeft te gelden dat de bepaling alsdan gewoon-dwingend procesrecht vormt.<sup>27</sup> Knigge verwijst naar dezelfde gronden die worden genoemd betreffende het dwingend materieel recht, te weten de bescherming van de belangen van partijen, van derden en het algemeen belang. Het algemeen belang krijgt wel een op het procesrecht toegespitste invulling en volgens Knigge spelen de beperking van inzet van overheidsmiddelen, voldoende toegang tot de rechtspraak, vertrouwen in de rechtspraak en vertrouwen in de overheid een rol.<sup>28</sup>

### 2.3. Ambtshalve toepassing van super-dwingend, gewoon-dwingend en regelend recht

Op grond van art. 25 Rv is de rechter verplicht ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. De rechter is hierbij wel gebonden aan hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht (art. 23 Rv) en aan de feitelijke grondslag van de vordering, het verzoek of verweer (art. 24 Rv). De rechter mag in beginsel niet ambtshalve rechtsgronden aanvullen buiten de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd.<sup>29</sup> Als het evenwel gaat om super-dwingend materieel recht bestaat daarop een uitzondering. De rechter dient super-dwingend materieel recht ambtshalve toe te passen, ook indien de rechter daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd treedt, met andere woorden: ook indien niet impliciet een beroep op dit recht is gedaan.<sup>30</sup> Op dit punt verschilt super-dwingend materieel recht van gewoon-dwingend en regelend materieel recht. In geval van gewoon-dwingend en regelend materieel recht wordt aangenomen dat de rechter dit recht niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen ambtshalve mag toepassen. De rechter is op grond van art. 25 Rv slechts verplicht rechtsgronden ambtshalve aan te vullen binnen de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd, die worden bepaald door het gevorderde of het verzochte (art. 23 Rv) en de feitelijke grondslag van de vordering, het verzoek en het verweer (art. 24 Rv).<sup>31</sup> Regelend en gewoon-dwingend recht worden slechts ambtshalve toegepast als daarop (impliciet) een beroep wordt gedaan, ofwel als een partij dit kennelijk

wenst, hetgeen voor de wederpartij uiteraard wel duidelijk moet zijn.<sup>32</sup>

Knigge neemt aan dat dit stelsel ook geldt voor bepalingen van procesrecht, ofwel voor bepalingen van super-dwingend, gewoon-dwingend en regelend procesrecht:

‘(...) Er bestaan dus ook regels van regelend procesrecht, regels van dwingend recht die niet van openbare orde zijn en regels van dwingend recht die wel van openbare orde zijn. Regels van dwingend procesrecht van openbare orde, past de rechter, anders dan “gewoon” dwingend recht, ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd toe. (...).’<sup>33</sup>

Dit heeft tot gevolg dat de rechter bepalingen van super-dwingend procesrecht ambtshalve moet toepassen. Zo zijn de termijnen voor het aanwenden van een rechtsmiddel van openbare orde. Dit heeft tot gevolg dat de appèlrechter, ondanks dat geïntimeerde hierop geen beroep doet, ambtshalve dient te toetsen of binnen de in art. 339 lid 1 Rv genoemde termijn appèl is ingesteld. Indien dit niet het geval is, wordt appellant ambtshalve niet-ontvankelijk verklaard.<sup>34</sup> Dit geldt niet voor een bepaling van gewoon-dwingend recht. Zo wordt bijvoorbeeld art. 236 Rv aangemerkt als een bepaling van gewoon-dwingend recht.<sup>35</sup> Wanneer een partij niet stelt dat een eerder tussen partijen in kracht van gewijsde gegaan vonnis in de aan de rechter voorliggende zaak bindende kracht heeft op grond van art. 236 Rv, behoeft de rechter art. 236 Rv in het aan hem voorliggende geval niet toe te passen. Zulks heeft de wetgever ook nog eens uitdrukkelijk bepaald in art. 236 lid 3 Rv. Ook voor regelend recht geldt dat de rechter dit niet ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd dient toe te passen. Het wettelijk uitgangspunt is dat het bewijsrecht van regelend recht is. Wij nemen aan dat dit ook geldt voor art. 161 Rv, dat dwingende bewijskracht toekent aan een op tegenspraak gewezen strafvonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan. Als in een civiele procedure de eiser in de processtukken ‘om de zaak te kleuren’ (slechts) vermeldt dat tegen de gedaagde een strafprocedure heeft plaatsgevonden, doch (voor het bewijs van feiten) vervolgens niet ingevolge art. 161 Rv beroep doet op (de bewijskracht van) de inhoud van het strafvonnis waarin de gedaagde is veroordeeld, dan

26. Zie B.T.M. van der Wiel, *Rechtsverhoudingen tussen procespartijen* (diss. Leiden, Serie Recht en Praktijk, deel 128), Deventer: Kluwer 2004, p. 187; M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 78.

27. B.T.M. van der Wiel, *Rechtsverhoudingen tussen procespartijen* (diss. Leiden, Serie Recht en Praktijk, deel 128), Deventer: Kluwer 2004, p. 187.

28. M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 95-100.

29. Zie H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 47 en 48; P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2013, § 2.8.2.

30. Zie M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 50; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 47; M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 77.

31. Zie M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 77.

32. H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 47.

33. M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 78.

34. Zie J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijke beding* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 176-177; E.D. van Geuns & M.V.E.E. Jansen, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 339, aant. 2.

35. Zie P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2013, § 2.8.2.

is het de rechter in de civiele procedure niet toegestaan om ambtshalve het strafvonnis op grond van art. 161 Rv aan zijn beslissing ten grondslag te leggen.

### 3. Arbitragewet 2015

#### 3.1. Vaststelling of sprake is van dwingend dan wel regelend arbitragerecht

##### 3.1.1. Algemeen

De Arbitragewet 1986 nam tot uitgangspunt dat waar de wet bepaalt dat partijen mogen afwijken of anders mogen overeenkomen de desbetreffende bepaling regelend recht vormt en dat de resterende bepalingen dwingend recht vormen. Dit uitgangspunt werd in de memorie van antwoord bij de Arbitragewet 1986 als volgt verwoord:

‘Uit de tekst van het gewijzigd voorstel van wet blijkt duidelijk, welke voorzieningen regelend van aard zijn, met name door de formule tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. *A contrario* mag worden geconcludeerd dat de overige wetsbepalingen *in beginsel* dwingendrechtelijk zijn<sup>36</sup> [cursivering toegevoegd].’

Op grond van de woorden ‘in beginsel’ werd in de literatuur aangenomen dat voor iedere bepaling afzonderlijk moet worden beoordeeld of een bepaling van dwingend dan wel regelend recht is.<sup>37</sup>

De toelichting op de Arbitragewet 2015 maakt onze inziens duidelijk dat niet langer (slechts) als *uitgangspunt* of *beginsel* geldt dat, als de wet bepaalt dat partijen mogen afwijken of anders mogen overeenkomen, een bepaling van regelend recht is en dat de resterende bepalingen van dwingend recht zijn. Waar de wet afwijking toelaat, vormt een bepaling eenvoudigweg regelend recht en waar dit niet het geval is, vormt een bepaling eenvoudigweg dwingend recht. Op het laatste bestaat geen uitzondering. Immers, in de memorie van toelichting bij de Arbitragewet 2015 duidt de wetgever niet langer meer op het uitgangspunt (‘in beginsel’):

‘In dit wetsvoorstel wordt aangegeven welke bepalingen van regelend recht en welke van dwingend recht zijn. In de artikelen komt regelend recht tot uitdrukking door gebruik te maken van zinsnedes als “tenzij de partijen anders zijn overeengekomen” of “de partijen kunnen bij overeenkomst van het bepaalde afwijken”. In de artikels-gewijze toelichting wordt daaraan nader aandacht besteed. Als niet mogelijk is om bij overeenkomst af te wijken van een bepaling, is deze van dwingend recht.”<sup>38</sup>

Snijders meent evenwel dat onder de Arbitragewet 2015 de wettelijke indicaties omtrent het onderscheid tussen dwingend recht en regelend recht nog steeds een uitgangspunt vormen, evenals onder de Arbitragewet 1986. Zulks betekent dat, ook waar de wet afwijking niet toelaat, zulks

niet geheel uitgesloten moet worden geacht.<sup>39</sup> Voor de visie van Snijders is onze inziens onder de Arbitragewet 2015 gelet op de bedoeling van de wetgever geen ruimte meer. Aldus bezien wijkt de Arbitragewet 2015 af van de wijze waarop wordt vastgesteld of een bepaling van dwingend dan wel regelend materieel- of procesrecht is (zie par. 2.2). Zulks is gerechtvaardigd nu, ook met het oog op eventuele acties tot vernietiging, duidelijk moet zijn welke bepalingen van dwingend recht zijn en welke bepalingen van regelend recht zijn (zie par. 4.2).

De Arbitragewet 2015 stemt wel overeen met de verschillende vormen van regelend recht die in de literatuur betreffende het materiële recht worden onderscheiden. Ook de Arbitragewet 2015 kent *opt-out*-bepalingen van regelend recht. In een aantal bepalingen is voor partijen de optie opgenomen om van een in deze wet neergelegde bepaling van regelend recht bij overeenkomst af te wijken. Een voorbeeld hiervan vormt art. 1038a lid 1 Rv:

‘*Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen*, worden de eiser en de verweerder door het scheidsgerecht in de gelegenheid gesteld een memorie van eis respectievelijk een memorie van antwoord in te dienen [cursivering toegevoegd].’

Daarnaast kent de Arbitragewet 2015 ook *opt-in*-bepalingen van regelend recht. In geval van een *opt-in*-bepaling komen partijen overeen dat zij gebruikmaken van een in de wet neergelegde regeling. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is art. 1058 lid 1 onderdeel b Rv:

‘Het scheidsgerecht draagt er zorg voor dat ten spoedigste:

a. (...)

b. het origineel van een geheel of gedeeltelijk eindvonnis word nedergelegd ter griffie van de rechtbank binnen welke arrondissement de plaats van de arbitrage is gelegen, *voorzover de partijen dit zijn overeengekomen* [cursivering toegevoegd].’<sup>40</sup>

Een ander voorbeeld vormt art. 1043b lid 2 Rv:

‘Bij overeenkomst kunnen de partijen een afzonderlijk, daartoe te benoemen scheidsgerecht, binnen de grenzen gesteld bij artikel 254, lid 1, de bevoegdheid verlenen, ongeacht of het arbitraal geding ten gronde aanhangig is, op verzoek van een der partijen, een voorlopige voorziening treffen, met uitzondering van bezwarende maatregelen als bedoeld in de vierde titel van het Derde Boek.’

##### 3.1.2. Uitwerkingsbepalingen van dwingend of regelend arbitragerecht?

Ondanks het duidelijke systeem waarvoor de wetgever in de Arbitragewet 2015 heeft gekozen, bestaat enige onduidelijkheid over de vraag of bepaalde *uitwerkingsbepalingen* van dwingend dan wel regelend recht zijn. In

36. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet*, Deventer: Kluwer 2015, p. 585.

37. Zie H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, algemeen, aant. 6; H.J. Snijders, ‘Algemene beschouwingen bij het Wetsvoorstel Modernisering Arbitragerecht’, *TvA* 2013/31, § 2b.

38. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parl. Gesch. Arbitragewet*, Deventer: Kluwer 2015, p. 21-22.

39. Zie H.J. Snijders, ‘Algemene beschouwingen bij het Wetsvoorstel Modernisering Arbitragerecht’, *TvA* 2013/31, § 2b.

40. Een ander voorbeeld van een opt-in-bepaling is art. 1054 lid 3 Rv.

de Arbitragewet 2015 zijn verschillende bepalingen opgenomen waarin ten aanzien van het *hoofdpunt* is bepaald dat de wet *regelend* recht vormt, maar ten aanzien van de *uitwerkingsbepalingen* niets is bepaald. Zo is in art. 1045 lid 1 Rv bepaald dat een scheidsgerecht een derde op verzoek kan toestaan zich te voegen of tussen te komen, doch dat partijen anders kunnen overeenkomen. In art. 1045 lid 2-4 Rv treft men een regeling aan betreffende de wijze waarop, als een scheidsgerecht de voeging dan wel tussenkomst toestaat, een en ander gestalte moet krijgen. Het is dan de vraag of deze uitwerkingsbepalingen van dwingend dan wel van regelend recht zijn.<sup>41</sup>

Een argument vóór de aanname dat deze uitwerkingsbepalingen van dwingend recht zijn, is dat ten aanzien van die uitwerkingsbepalingen de wet niet bepaalt dat partijen anders mogen overeenkomen. Op grond van het onderscheid tussen regelend recht en dwingend recht in de wet kan worden verdedigd dat partijen van de uitwerkingsbepalingen *niet* kunnen afwijken als zij op het hoofdpunt *niet* anders zijn overeengekomen.

Men kan zich evenwel afvragen of dit de intentie van de wetgever is geweest. Indachtig het uitgangspunt dat, waar het meerdere is toegelaten, ook het mindere is toegestaan, kan de conclusie zijn dat partijen anders mogen overeenkomen ten aanzien van de uitwerkingsbepalingen, ook als zij ten aanzien van het hoofdpunt *niet* anders zijn overeengekomen. De redenering bij deze opvatting is juist dat partijen desgewenst het hoofdpunt (als geheel) hadden mogen uitsluiten of zelfs daaraan fundamenteel hadden mogen sleutelen. Waarom is het dan niet mogelijk dat partijen het hoofdpunt (al dan niet enigszins gewijzigd) handhaven, en op de *uitwerking* iets anders overeenkomen? Zo bezien, is een wettelijke bepaling die op het hoofdpunt een andersluidende overeenkomst toelaat in haar geheel van regelend recht, dit ook als op de vervolg- of uitwerkingsbepalingen een andersluidende overeenkomst niet expliciet is toegelaten. Zo kunnen partijen het hoofdpunt in stand laten en (met name) op de uitwerkingsbepalingen anders overeenkomen. Het vorenstaande neemt niet weg dat partijen *niet* kunnen vrijdelen dat het beginsel van hoor en wederhoor wordt gevolgd (art. 1036 lid 1 en 2 Rv). Daarvan mogen partijen niet afwijken.<sup>42</sup> Van geval tot geval zal moeten worden vastgesteld of een bepaling in vervolg op een hoofdpunt een uitwerkingsbepaling vormt waarvan inderdaad mag worden afgeweken. Zo bepaalt de wet dat – wat wij als hoofdpunt aanduiden – het scheidsgerecht een van de partijen kan bevelen om bewijs te leveren door middel van getuigen, doch dat partijen anders kunnen overeenkomen (art. 1041 lid 1 Rv), terwijl de wet ten aanzien van de eerste uitwerkingsbepaling (vorm van de getuigenverklaring) bepaalt dat kan worden afgeweken (art. 1041 lid 2 Rv), doch zulks ten aanzien van de tweede uitwerkingsbepaling (wijze van getuigenverhoor) niet bepaalt (art. 1041 lid 3 Rv). De

wetgever heeft kennelijk afwijking van de tweede uitwerkingsbepaling niet mogelijk willen maken.

Voor de praktijk is het vorenstaande wel degelijk van belang omdat arbitragereglementen op punten nogal eens een eigen regeling kennen die dicht aanliggen tegen punten die de wet ook regelt. Het is dan mogelijk dat men aanneemt dat zo'n regeling in een arbitragereglement ten aanzien van een hoofdpunt (van regelend recht) niet of nauwelijks anders is overeengekomen. Indien men alsdan aanneemt dat de (uitwerkings)bepalingen in de wet in vervolg op zo'n hoofdpunt dwingend recht vormen, zal de andersluidende regeling in het arbitragereglement daarmee nogal eens in strijd komen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan art. 1046 lid 1 Rv, dat bepaalt dat een partij een daartoe aangewezen derde kan verzoeken arbitrale gedingen samen te voegen, dit tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Vraag is hoe zich samenvoegingsbepalingen in arbitragereglementen verhouden tot de ogenschijnlijk dwingendrechtelijke bepalingen ex art. 1046 lid 2-4 Rv die het genoemde hoofdpunt, te weten dat een derde samenvoeging kan gelasten, uitwerken.<sup>43</sup>

### 3.2. Bepalingen van super-dwingend, gewoon-dwingend en regelend arbitragerecht

#### 3.2.1. Algemeen

De Arbitragewet 2015 kent, zoals zojuist uiteengezet, een helder systeem ter beantwoording van de vraag of een bepaling van dwingend dan wel regelend recht is. Uit de tekst van de wet blijkt evenwel niet duidelijk wanneer een bepaling van super-dwingend dan wel gewoon-dwingend recht is. Vraag is zelfs of dit onderscheid onder de Arbitragewet 2015 bestaat. Tot nog toe wordt dit onderscheid ten aanzien van het dwingend arbitragerecht niet gemaakt. Wij menen dat dit onderscheid wel degelijk ook voor het dwingend arbitragerecht te maken valt en dat daarvoor ook een rechtvaardiging bestaat. Vooraleer wij op dit laatste zullen ingaan (zie par. 4), zullen wij eerst bezien welke bepalingen van dwingend arbitragerecht onzes inziens super-dwingend arbitragerecht vormen en welke bepalingen van dwingend arbitragerecht onzes inziens gewoon-dwingend recht vormen. Voor het onderscheid tussen beide zal uiteraard naar de bedoeling van de wetgever en de strekking van de bepaling moeten worden gekeken.

In de volgende paragrafen zullen wij kort ingaan op de bepalingen die onzes inziens van super-dwingend recht zijn.

#### 3.2.2. Arbitrabiliteit (art. 1020 lid 3 Rv)

Een eerste bepaling die onzes inziens van super-dwingend recht is, is art. 1020 lid 3 Rv. Deze bepaling ziet op de arbitrabiliteit, de vraag welke zaken al dan niet vatbaar zijn voor arbitrage. Uit art. 1020 lid 3 Rv vloeit voort dat

41. Andere bepalingen waarbij dit speelt zijn: art. 1042 lid 2 en 3, art. 1046 lid 2-4 en art. 1057 lid 2-5 Rv.

42. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parl. Gesch. Arbitragewet*, Deventer: Kluwer 2015, p. 71; we merken dit op omdat een aantal uitwerkingsbepalingen juist ziet op het recht van hoor en wederhoor (vgl. bijvoorbeeld art. 1041a lid 3, art. 1042 lid 3-4 en art. 1046 lid 3 Rv).

43. Zie hierover uitgebreid: G.J. Meijer, 'De nieuwe Arbitragewet (2015) bezien in het licht van de internationale arbitrage', nog te verschijnen in de NVvP-reeks.

slechts geschillen die ter vrije bepaling van partijen staan aan arbitrage kunnen worden onderworpen.<sup>44</sup> Wij menen dat dit een bepaling van super-dwingend recht vormt. De wetgever heeft in de memorie van toelichting bij de Arbitragewet van 2015 nog eens aangegeven dat, wanneer een geschil op grond van art. 1020 lid 3 Rv niet vatbaar is voor arbitrage, maar niettemin arbitraal vonnis wordt gewezen, het arbitraal vonnis vatbaar is voor vernietiging wegens strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv).<sup>45</sup> Ook voor de invoering van de huidige Arbitragewet moest al worden aangenomen dat het arbitraal vonnis dan voor vernietiging in aanmerking kwam.<sup>46</sup>

### 3.2.3. Oneven aantal arbiters (art. 1026 Rv)

In art. 1026 lid 1 Rv is bepaald dat het scheidsrecht uit een oneven aantal arbiters bestaat of dat het uit één arbiter kan bestaan. Onzes inziens is dit een bepaling van super-dwingend recht. In de literatuur wordt immers aangenomen dat dit een bepaling is die van openbare orde is. Schending van deze bepaling leidt tot vernietiging van het arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv).<sup>47, 48</sup>

### 3.2.4. Beginselen van behoorlijk procesrecht (art. 1036 lid 2 en art. 1033 lid 1 Rv)

#### a. Beginsel van hoor en wederhoor

In art. 1036 lid 2 Rv is het beginsel van gelijkheid van partijen en van hoor en wederhoor neergelegd. Art. 1036 lid 2 Rv is naar onze mening eveneens een bepaling van super-dwingend recht. Dit artikel bepaalt dat het scheidsrecht partijen op voet van gelijkheid behandelt en dat het scheidsrecht partijen over een weer in de gelegenheid stelt hun standpunten naar voren te brengen en toe lichten als ook over alle bescheiden en andere gegevens die in het geding ter kennis van het scheidsrecht zijn gebracht. In de Arbitragewet van 1986 was deze bepaling nog opgenomen in art. 1039 lid 1 Rv. De wetgever heeft de bepaling naar voren gehaald om duidelijker tot

uitdrukking te brengen dat de beginselen, die hierin zijn verankerd, algemene gelding hebben.<sup>49</sup>

In de jurisprudentie onder de Arbitragewet 1986 is reeds uitgemaakt dat schending van het beginsel van hoor en wederhoor het arbitraal vonnis vatbaar maakt voor vernietiging op grond van strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv).<sup>50</sup> Ook de wetgever geeft als een van de voorbeelden van strijd met de openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv schending van het beginsel van hoor en wederhoor.<sup>51</sup> Hieruit leiden wij af dat art. 1036 lid 2 Rv van super-dwingend recht is.<sup>52</sup>

#### b. Beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid

Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid wordt onder andere gewaarborgd door art. 1033 lid 1 Rv. Deze bepaling is onzes inziens eveneens van openbare orde. In art. 1033 lid 1 Rv is neergelegd dat een arbiter kan worden gewraakt indien gerechtvaardigde twijfel bestaat aan zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid. De wetgever heeft in de memorie van toelichting bij de Arbitragewet 2015 uitdrukkelijk bepaald dat het partijen niet vrijstaat van deze bepaling af te wijken en dat zij de wrakingsgronden onpartijdigheid en onafhankelijkheid niet opzij mogen zetten. Deze bepaling is volgens de wetgever in zoverre van dwingend recht.<sup>53</sup> Deze bepaling is onzes inziens ook van super-dwingend recht omdat deze bepaling het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid waarborgt. In de zaak *Nordström/Nievelt Goudriaan & Co* heeft de Hoge Raad eveneens overwogen dat een beroep op het niet onpartijdig en onafhankelijk zijn van de arbiter een grond kan zijn voor de vernietiging van het arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv).<sup>54</sup>

#### c. Motiveringsbeginsel

Het motiveringsbeginsel is onder de Arbitragewet 2015 gewaarborgd in art. 1057 lid 1 onderdeel e Rv. Deze bepaling is, anders dan de bepalingen die de beginselen onafhankelijkheid en onpartijdigheid en hoor en wederhoor

44. Zie hierover uitgebreid: G.J. Meijer, 'Arbitrage in het ondernemingsrecht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut, deel 110), Deventer: Kluwer 2011, p. 319-332.

45. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parl. Gesch. Arbitragewet*, Kluwer: Deventer 2015, p. 20. Overigens merkt de wetgever op dat in dit geval ook gekozen kan worden voor art. 1065 lid 1 onderdeel a Rv. Ook als op grond van art. 1022, 1052 lid 2 of art. 1074 Rv een beroep op (het ontbreken van) een arbitrageovereenkomst wordt gedaan, zal de rechter respectievelijk het scheidsrecht ambtshalve moeten toetsen of de zaak vatbaar is voor arbitrage.

46. Zie P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en internationaal* (Serie Recht en Praktijk, deel 45), Deventer: Kluwer 2001, p. 198; H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1020, aant. 6.

47. Zie G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1026, aant. 1; H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1026, aant. 1.

48. Art. 1026 lid 1 Rv is enkel van Nederlandse openbare orde en niet van 'internationale openbare orde'. Wanneer een in een vreemde Staat gewezen arbitraal vonnis afkomstig is van een even aantal arbiters heeft dit noodzakelijkerwijs niet tot gevolg dat erkenning en tenuitvoerlegging van dat vonnis zal worden geweigerd op basis van grond B van art. 1076 lid 1 Rv. Zie G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1026, aant. 1 en art. 1076, aant. 2.

49. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parl. Gesch. Arbitragewet*, Kluwer: Deventer 2015, p. 20.

50. Zie HR 18 juni 1993, *NJ* 1994/449, m.nt. H.J. Snijders (*Van der Lely/VDH*); HR 25 mei 2007, *NJ* 2007/294 (*Spaanderman/Anova*), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, *NJ* 2010/171, m.nt. H.J. Snijders (*IMS/Modaf c.s. II*), r.o. 4.3.1; HR 12 juli 2013, *JBPR* 2013/45, m.nt. B. van Zelst.

51. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parl. Gesch. Arbitragewet*, Kluwer: Deventer 2015, p. 158.

52. Ook Knigge neemt, zij het voor de civiele procedure bij de gewone rechter, aan dat het beginsel van hoor en wederhoor van openbare orde is (zie M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 79-83).

53. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parl. Gesch. Arbitragewet*, Kluwer: Deventer 2015, p. 63.

54. HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/765, m.nt. H.J. Snijders (*Nordström/Nievelt Goudriaan & Co*); EHRM 27 november 1996, *NJ* 1997/505, m.nt. P.J. Boon.



waarborgen, *niet* van super-dwingend recht. Uit art. 1057 lid 5 onderdeel c Rv blijkt dat deze bepaling van 'tijdelijk dwingend recht' is. Volgens de literatuur is een bepaling van 'tijdelijk dwingend recht' wanneer afwijking na een bepaald tijdstip is toegestaan. Een bepaling van 'tijdelijk dwingend recht' wordt onderscheiden van een bepaling van 'definitief dwingend recht' waarvan afstand van het begin af aan niet mogelijk is.<sup>55</sup> Art. 1057 lid 1 onderdeel e Rv is van 'tijdelijk dwingend recht' omdat in art. 1057 lid 5 onderdeel c Rv is bepaald dat de partijen *nadat* de arbitrage aanhangig is gemaakt schriftelijk kunnen overeenkomen dat geen gronden voor de beslissing worden gegeven. Wanneer, bij gebreke van een geldige overeenkomst als bedoeld in art. 1057 lid 5 onderdeel c Rv een arbitraal vonnis in het geheel geen motivering bevat of zo ondeugdelijk is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn kan worden gesteld, kan het, zo wordt wel aangenomen, worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv,<sup>56</sup> maar het ligt meer voor de hand dat het arbitraal vonnis dan wordt vernietigd op grond van art. 1065 lid 1 onderdeel d Rv, dat daartoe een eigen vernietigingsgrond behelst.<sup>57</sup>

*d. Afstand van de beginselen van behoorlijk procesrecht*  
In arbitrage kan, evenals bij de gewone rechter, afstand worden gedaan van de beginselen van behoorlijk procesrecht, bijvoorbeeld van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid en het beginsel van hoor en wederhoor (vgl. ook art. 1048a Rv). Vraag is of, nu die afstand kan worden gedaan, de beginselen nog wel als super-dwingend recht kunnen worden aangemerkt, zoals zojuist bepleit. Onzes inziens is dit – evenals bij de gewone rechter (zie par. 2.1 in fine) – wel degelijk het geval. Hiertoe verdient opmerking dat, anders dan bij gewone rechtspraak, tussen partijen en de arbiters een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW) bestaat.<sup>58</sup> Uit de opdracht vloeit voort dat arbiters dwingend arbitragerecht toepassen.<sup>59</sup> Dit geldt overigens ook voor bepalingen van regelend arbitragerecht waarvan partijen niet bij overeenkomst zijn afgeweken.<sup>60</sup> Aangenomen wordt dat de aard

van de opdracht meebrengt dat de arbiters een zekere autonomie hebben bij de uitvoering van de opdracht (te weten: de beslechting van het geschil) (vgl. ook art. 7:401 BW).<sup>61</sup> Hieruit vloeit onzes inziens voor arbiters de ruimte voort om, ook als een partij afstand heeft gedaan van de toepassing van een bepaald beginsel van procesrecht, zo'n beginsel soms toch toe te passen. Aldus bezien, zijn arbiters, evenals de gewone rechter, aan de afstand van zo'n beginsel niet steeds gebonden (zie voor dit alles par. 2.1 in fine). Het feit dat een partij afstand kan doen van de toepassing van een bepaald beginsel heeft dus niet tot gevolg dat de bepaling die het beginsel van procesrecht waarborgt niet van super-dwingend recht is.<sup>62</sup>

#### 4. Consequenties onderscheid super-dwingend en gewoon-dwingend arbitragerecht

##### 4.1. Ambtshalve toepassing van super-dwingend, gewoon-dwingend en regelend arbitragerecht?

Onzes inziens dient een scheidsgerecht een bepaling van super-dwingend arbitragerecht toe te passen, dit ongeacht of partijen daarvan zijn afgeweken. Een scheidsgerecht dient super-dwingend arbitragerecht niet alleen binnen, doch ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen amtsshalve toe te passen. De amtsshalve toepassing door het scheidsgerecht van super-dwingend arbitragerecht stemt overeen met het stelsel dat geldt voor super-dwingend materieel recht en super-dwingend procesrecht (zie par. 2.3).<sup>63</sup>

Een scheidsgerecht zal gewoon-dwingend arbitragerecht in beginsel moeten toepassen, ook als partijen daarvan zijn afgeweken. Voor regelend arbitragerecht ligt dit anders. Zijn partijen daarvan afgeweken, dan zal een scheidsgerecht het regelend arbitragerecht niet toepassen. Zijn partijen niet afgeweken, dan zal een scheidsgerecht ook het regelend arbitragerecht moeten toepassen. Het is niet aan het scheidsgerecht buiten een daartoe strekkende overeenkomst van partijen van regelend arbitragerecht af te wijken. Dit vloeit duidelijk voort uit art. 1036 lid 1 Rv, dat aldus moet worden gelezen dat, voor zover par-

55. Zie H.J. Sijnders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 163; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Monografieën BW, deel A19), Deventer: Kluwer 2009, p. 8.

56. Art. 1057 lid 1 onderdeel e Rv is aldus bezien slechts van Nederlandse openbare orde en niet van 'internationale openbare orde'. Wanneer een in een vreemde Staat gewezen arbitraal vonnis niet is gemotiveerd, heeft dit noodzakelijkerwijs niet tot gevolg dat erkenning en tenuitvoerlegging van dat vonnis zal worden geweigerd op basis van grond B van art. 1076 lid 1 Rv. Zie G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1076, aant. 2h en 2i.

57. Zie G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 7b.

58. Zie over de overeenkomst van opdracht tussen partijen en de arbiter uitgebreid: F.D. von Hombracht-Brinkman, 'Taken en verantwoordelijkheden van arbitrage-instituten bezien in het licht van de driehoeksverhouding partijen – instituut – arbiters', *TvA* 1994/1; M.W. Scheltema, 'Opdracht en geschil, past dat bij elkaar?', *TvA* 2011/15.

59. In gelijke zin ook B. van Zelst, 'Contracteren met arbiters. Aandachtspunten bij de rechtsrelatie tussen arbiters en procespartijen', *Contracteren* 2014, afl. 4, p. 99, zij het dat Van Zelst niet het onderscheid maakt tussen super-dwingend recht en gewoon-dwingend recht. Zie ook F.D. von Hombracht-Brinkman, 'Taken en verantwoordelijkheden van arbitrage-instituten bezien in het licht van de driehoeksverhouding partijen – instituut – arbiters', *TvA* 1994/1, p. 9; P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en internationaal* (Serie Recht en Praktijk, deel 45), Deventer: Kluwer 2001, p. 193; M.W. Scheltema, 'Opdracht en geschil, past dat bij elkaar?', *TvA* 2011/15, § 4.

60. Zie hierover uitgebreid: G.J. Meijer, 'De nieuwe Arbitragewet (2015) bezien in het licht van de internationale arbitrage', nog te verschijnen in de NVvP-reeks.

61. Zie M.W. Scheltema, 'Opdracht en geschil, past dat bij elkaar?', *TvA* 2011/15, § 4; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/83.

62. Zie ook M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel XIII), Deventer: Kluwer 2012, p. 82-83 en 109. Volgens Knigge is het niet mogelijk dat partijen in een arbitrage fundamentele beginselen van procesrecht weg kunnen contracteren.

63. Zie G.J. Meijer, noot bij HvJ EG 1 juni 1999, *TCR* 1999, afl. 3, p. 63; H.J. Sijnders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 4. Vgl. HR 21 maart 1997, *NJ* 1998/207, m.nt. H.J. Sijnders (*Eco Swiss/Benetton*); HvJ EG 1 juni 1999, *NJ* 2000/339, m.nt. H.J. Sijnders (*Eco Swiss/Benetton*); HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/508, m.nt. H.J. Sijnders (*Eco Swiss/Benetton*).

tijen niet in de regeling van het arbitraal geding hebben voorzien, het scheidsgerecht bepaalt hoe het arbitraal geding verloopt, zulks evenwel onverminderd het bepaalde van zowel dwingend als regelend arbitragerecht. Het scheidsgerecht is – gelet op de woorden ‘onverminderd het bepaalde’ – dus niet alleen gebonden aan dwingend arbitragerecht, doch wel degelijk ook aan regelend arbitragerecht waarvan partijen niet zijn afgeweken.<sup>64</sup> Overigens wordt wel aangenomen dat partijen ook bij generieke overeenkomst, bijvoorbeeld opgenomen in een toepasselijk arbitragereglement, kunnen afwijken van het regelend arbitragerecht en kunnen overeenkomen dat arbiters bepalen hoe het arbitraal geding verloopt, dit laatste desgewenst ook in afwijking van het regelend arbitragerecht (vgl. art. 21 lid 1 Arbitragereglement Nederlands Arbitrage Instituut 2015).<sup>65</sup>

Vorenstaande uiteenzetting behoeft onzes inziens nadere precisering, juist waar het de ambtshalve toepassing van de bepalingen van gewoon-dwingend arbitragerecht en regelend arbitragerecht betreft. Het is op dit punt dat het onderscheid tussen super-dwingend arbitragerecht en gewoon-dwingend arbitragerecht zich manifesteert, doch weinig aandacht heeft gekregen in het arbitragerecht. Onzes inziens zal het scheidsgerecht, in tegenstelling tot hetgeen is opgemerkt ten aanzien van het super-dwingend arbitragerecht, gewoon-dwingend arbitragerecht niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen ambtshalve mogen toepassen. Ook regelend arbitragerecht zal het scheidsgerecht niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve mogen toepassen, uiteraard alleen voor zover regelend recht *überhaupt* voor toepassing in aanmerking komt, te weten: als partijen daarvan niet zijn afgeweken. Voor beide categorieën arbitragerecht (gewoon-dwingend en regelend recht) is ambtshalve toepassing dus alleen toegestaan als zulks binnen de grenzen van de rechtsstrijd geschiedt. Ook in arbitrage worden de grenzen van de rechtsstrijd bepaald door de stellingen van partijen.<sup>66</sup> De stellingen van partijen zullen dus tot toepassing van het gewoon-dwingend arbitragerecht of het regelend arbitragerecht moeten nopen, ofwel: partijen zullen zich (impliciet) op het gewoon-dwingend arbitragerecht of het regelend arbitragerecht moeten beroepen, wil dit voor toepassing in aanmerking komen (zie par. 2.3). Het verdient opmerking dat de grenzen van de rechtsstrijd op dit punt de grenzen van de processuele – en niet de materiële – rechtsstrijd betreffen. Het gaat immers om de (al dan niet juist of terechte) toepassing van bepalingen van arbitragerecht en daarbij gaat het dan om processuele punten van geschil.

Een voorbeeld van een bepaling van gewoon-dwingend arbitragerecht vormt art. 1038d Rv inzake de eiswijziging in arbitrage. Als geen van de partijen zich (impliciet) beroept op de in art. 1038d Rv gestelde voorwaarden voor een eiswijziging, dan zal een scheidsgerecht het bepaalde omtrent de voorwaarden in art. 1038d Rv niet ambtshalve mogen toepassen.<sup>67</sup> Een voorbeeld van een bepaling van regelend arbitragerecht vormt art. 1039 lid 1 Rv, dat bepaalt dat (ook) de bewijslastverdeling ter vrije bepaling van het scheidsgerecht staat. Stel nu dat geen van de partijen zich (impliciet) op het bepaalde in art. 1039 lid 1 Rv beroept, terwijl zij niet van het bepaalde art. 1039 lid 1 Rv zijn afgeweken, en partijen twisten over de vraag wie de bewijslast draagt. Stel daarbij voorts dat beide partijen blijken hun stellingen in het debat in het arbitraal geding ervan uitgaan dat het scheidsgerecht volgens het op het onderwerp van geschil toepasselijk materieel recht (art. 1054 lid 1 en 2 Rv) moet vaststellen welke partij precies de bewijslast draagt. Denk hierbij aan regels van bewijslast die in het materiële recht zijn neergelegd (zoals bijvoorbeeld art. 6:74, art. 6:162 en art. 7:658 BW). Het scheidsgerecht dient dan overeenkomstig de regel van materieel recht de bewijslast te bepalen en het is het scheidsgerecht in dat geval onzes inziens niet toegestaan art. 1039 lid 1 Rv ambtshalve toe te passen en de bewijslast op een andere wijze te verdelen dan is neergelegd in het materiële recht. Het vorenstaande heeft ook gevolgen voor de mogelijkheden tot vernietiging van een arbitraal vonnis, die thans aan de orde komen.

#### 4.2. Vernietiging arbitraal vonnis (art. 1065 Rv)

Nu onder de Arbitragewet 2015 onderscheid kan worden gemaakt tussen super-dwingend recht, gewoon-dwingend recht en regelend recht, doemt de vraag op of een arbitraal vonnis op grond van art. 1065 Rv voor vernietiging vatbaar is als: (a) een scheidsgerecht een bepaling van super-dwingend recht, gewoon-dwingend arbitragerecht of regelend arbitragerecht schendt dan wel *onjuist* – waartoe wij ook rekenen: ten onrechte niet – toepast en (b) een scheidsgerecht een bepaling van super-dwingend recht, gewoon-dwingend recht of regelend recht *ten onrechte* toepast.

Art. 1065 lid 1 Rv bevat limitatieve gronden waarop een arbitraal vonnis kan worden vernietigd. Uit de jurisprudentie blijkt dat art. 1065 Rv in beginsel terughoudend dient te worden toegepast.<sup>68</sup> Een vernietigingsgeding op de voet van art. 1065 Rv mag immers niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt mee dat de gewone rechter slechts in spreken-

64. Zie hierover uitgebreid: G.J. Meijer, ‘De nieuwe Arbitragewet (2015) gezien in het licht van de internationale arbitrage’, nog te verschijnen in de NVvP-reeks.

65. Zie daaromtrent G.J. Meijer, ‘De nieuwe Arbitragewet (2015) gezien in het licht van de internationale arbitrage’, nog te verschijnen in de NVvP-reeks.

66. Zie G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 4e.

67. Art. 1038d Rv luidt als volgt: ‘Een partij kan zijn vordering respectievelijk tegenvordering of de gronden daarvan veranderen of vermeerderen gedurende de arbitrale procedure, op voorwaarde dat de wederpartij daardoor in zijn verdediging niet onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding daardoor niet onredelijk wordt vertraagd.’

68. HR 27 januari 2003, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders (*International Military Services/Modsaf-IR*) met betrekking tot art. 1065 lid 1 onderdeel c Rv; HR 9 januari 2004, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders (*Nannini/SFT*) met betrekking tot art. 1065 lid 1 onderdeel d Rv; HR 22 december 2006, NJ 2008/4, m.nt. H.J. Snijders (*Kers/Rijpma*) met betrekking tot art. 1065 lid 1 onderdeel d Rv; HR 25 mei 2007, NJ 2007/294 (*Spaanderman/Anova Food B.V.*) met betrekking tot art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv; HR 24 april 2009, NJ 2010/171, m.nt. H.J. Snijders (*IJS/Iran*) met betrekking tot art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv.

de gevallen dient in te grijpen. Zulks geldt in beginsel voor alle gronden tot vernietiging, met inbegrip van de openbare orde (art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv).<sup>69</sup> Uit de memorie van toelichting bij de Arbitragewet 2015 blijkt niet dat hierin een wijziging is beoogd.

Bij de vernietiging van een arbitraal vonnis wegens de onjuiste of onterechte toepassing van super-dwingend, gewoon-dwingend of regelend recht zal het veelal gaan om toepassing van art. 1065 lid 1 onderdeel c Rv (schending van de opdracht) of art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv (strijd met de openbare orde). Wij zullen ons daarom tot deze vernietigingsgronden beperken en zullen thans voor super-dwingend, gewoon-dwingend en regelend arbitragerecht, elk afzonderlijk, bezien of de *onjuiste* dan wel *onterechte* toepassing tot vernietiging van een arbitraal vonnis kan leiden.

Onjuiste toepassing van een bepaling van super-dwingend recht heeft tot gevolg dat het arbitraal vonnis kan worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv wegens strijd met de openbare orde, dit ongeacht of een partij zich (impliciet) op de bepaling van super-dwingend recht heeft beroepen (zie par. 4.1). Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het scheidsgerecht handelt in strijd met art. 1036 lid 2 Rv (zie par. 3.2.4), wat zich kan voordoen als arbiters niet de gelegenheid tot contra-enquête hebben geboden.<sup>70</sup> Wat betreft schending van het beginsel van hoor en wederhoor geldt overigens niet de beperking van de terughoudende toepassing van art. 1065 Rv.<sup>71</sup> Dat arbiters super-dwingend arbitragerecht ambtshalve dienen toe te passen, is tevens in lijn met het uitgangspunt dat een scheidsgerecht super-dwingend materieel recht ambtshalve dient toe te passen, dit ongeacht de grenzen van de rechtsstrijd.<sup>72</sup> Zulks leidt dan niet tot schending van de opdracht in de zin van art. 1065 lid 1 onderdeel c Rv.<sup>73</sup> Integendeel, onjuiste toepassing van super-dwingend arbitragerecht zal tot vernietiging van het arbitraal vonnis op grond van strijd met de openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv kunnen leiden. Uiteraard zal een arbitraal vonnis niet kunnen worden vernietigd als een scheidsgerecht een bepaling van super-dwingend arbitragerecht niet heeft toegepast op de grond dat een partij afstand heeft gedaan van de uitoefening van daaruit voortvloeiende rechten (vgl. ook art. 1048a Rv).

Past een scheidsgerecht de bepaling van super-dwingend arbitragerecht, ondanks het feit dat een partij afstand heeft gedaan van daaruit voortvloeiende rechten, niettemin toe, dan zal het arbitraal vonnis niet steeds aan vernietiging blootstaan omdat de afstand van een partij een scheidsgerecht niet in alle gevallen bindt (zie voor dit laatste par. 3.2.4 onderdeel d).

Schending of onjuiste toepassing van een bepaling van gewoon-dwingend arbitragerecht waarop een partij zich (impliciet) heeft beroepen, kan tot vernietiging wegens schending van de opdracht als bedoeld in art. 1065 lid 1 onderdeel c Rv leiden. Uit de overeenkomst van opdracht tussen partijen en arbiters vloeit immers voort dat het arbiters niet is toegestaan af te wijken van dwingendrechtelijke bepalingen van Boek IV Rv.<sup>74</sup> Anders gezegd: de opdracht van de arbiters kent een formele zijde en bestrijkt mede de wettelijke procedureregels in de Arbitragewet.<sup>75</sup> Ook op dit punt kan worden gedacht aan het bepaalde in art. 1038d Rv betreffende de voorwaarden voor de toelating van een eisenwijziging in arbitrage. Past het scheidsgerecht deze voorwaarden onjuist toe, dan kan het arbitraal vonnis worden vernietigd. Omdat een bepaling van gewoon-dwingend arbitragerecht niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd mag worden toegepast, is vernietiging wegens schending of onjuiste toepassing ervan alleen mogelijk als een partij zich (impliciet) op de bepaling van gewoon-dwingend arbitragerecht heeft beroepen. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat onder de Arbitragewet 2015 een arbitraal vonnis wegens schending van de opdracht slechts wordt vernietigd bij een schending van 'ernstige aard' (art. 1065 lid 4 Rv).<sup>76</sup> Dit is een wijziging ten opzichte van de Arbitragewet 1986. Van een schending van 'ernstige aard' is volgens de memorie van toelichting bij de Arbitragewet 2015 sprake als de schending van de opdracht van substantiële betekenis is, met andere woorden: dat het arbitraal vonnis anders had kunnen luiden indien arbiters zich wel aan de opdracht hadden gehouden. Dit brengt mee dat vernietiging van een arbitraal vonnis niet zal plaatsvinden als de schending van ondergeschikte betekenis is. Daarnaast wordt in de memorie van toelichting de eis gesteld dat de partij die zich op de schending van de opdracht beroept een redelijk belang heeft bij de daarop gebaseerde

69. Zie H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 395; H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 1.

70. Vgl. HR 25 mei 2007, NJ 2007/294 (*Spaanderman/Anova Food B.V.*).

71. Zie HR 25 mei 2007, NJ 2007/294 (*Spaanderman/Anova Food*); HR 24 april 2009, NJ 2010/171, m.nt. H.J. Snijders (*International Military Services/Modsaf-IR*).

72. Zie G.J. Meijer, noot bij HvJ EG 1 juni 1999, TCR 1999, afl. 3, p. 63; H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 4. Vgl. HR 21 maart 1997, NJ 1998/207, m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*); HvJ EG 1 juni 1999, NJ 2000/339, m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*); HR 25 februari 2000, NJ 2000/508, m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*).

73. Zie G.J. Meijer, noot bij HvJ EG 1 juni 1999, TCR 1999, afl. 3, p. 63; H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 4. Vgl. HR 21 maart 1997, NJ 1998/207, m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*); HvJ EG 1 juni 1999, NJ 2000/339, m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*); HR 25 februari 2000, NJ 2000/508, m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*).

74. Zie F.D. von Hombracht-Brinkman, 'Taken en verantwoordelijkheden van arbitrage-instituten gezien in het licht van de driehoeksverhouding partijen – instituut – arbiters', *TvA* 1994/1, p. 9; P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en internationaal* (Serie Recht en Praktijk, deel 45), Deventer: Kluwer 2001, p. 193; M.W. Scheltema, 'Opdracht en geschil, past dat bij elkaar?', *TvA* 2011/15, § 4.

75. Zie G.J. Meijer, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 4a.

76. Art. 1065 lid 4 Rv bepaalt eveneens dat schending van de opdracht slechts tot vernietiging van het arbitraal vonnis kan leiden wanneer hiertegen in het arbitraal geding tijdig bezwaar is gemaakt (vgl. ook art. 1048a Rv). Men kan wellicht denken dat de bepleite beperking van de toepassing van dwingend arbitragerecht (en ook van regelend arbitragerecht voor zover van toepassing) tot de grenzen van de rechtsstrijd eenvoudigweg al voortvloeit uit, of is gegeven met, het bepaalde in art. 1065 lid 4 Rv. Zulks is onzes inziens onjuist. Zo komt men aan een (beroep op) schending van de opdracht in onze opvatting helemaal niet toe als een scheidsgerecht dwingend recht buiten toepassing laat op de grond dat dit buiten de grenzen van de rechtsstrijd valt.

vordering tot vernietiging.<sup>77</sup> Tot slot zij opgemerkt dat schending van een bepaling van gewoon-dwingend arbitragerecht niet kan leiden tot vernietiging op grond van art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv wegens schending van de *openbare orde*.

Schending of onjuiste toepassing van een bepaling van regelend arbitragerecht waarvan partijen niet zijn afgeweken, mits een partij op de bepaling (impliciet) een beroep heeft gedaan, kan eveneens leiden tot vernietiging van het arbitraal vonnis wegens schending van de opdracht in de zin van art. 1065 lid 1 onderdeel c Rv. Uit de tussen partijen en arbiters gesloten overeenkomst van opdracht vloeit voort dat arbiters eveneens gebonden zijn aan bepalingen van regelend recht waarvan partijen niet bij overeenkomst zijn afgeweken.<sup>78</sup> Dit betekent bijvoorbeeld dat, in het geval partijen de mondelinge behandeling niet hebben uitgesloten en een partij verzoekt om een mondelinge behandeling, het scheidsgerecht op grond van art. 1038b Rv gehoor moet geven aan dit verzoek. Wanneer het scheidsgerecht zulks niet doet, is sprake van schending van de opdracht. Dit kan leiden tot vernietiging van het arbitraal vonnis op grond van art. 1065 lid 1 onderdeel c Rv. Dit vereist wel dat de schending van de opdracht van 'ernstige aard' is.

Wij hebben gezien dat een scheidsgerecht een bepaling van gewoon-dwingend arbitragerecht en een bepaling van regelend arbitragerecht niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve mag toepassen (zie par. 4.1). Zulks betekent dat, als het scheidsgerecht een bepaling van gewoon-dwingend recht of regelend arbitragerecht buiten de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve – en dus ten onrechte – toepast, het arbitraal vonnis kan worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1 onderdeel c Rv wegens schending van de opdracht, welke opdracht tevens de grenzen van de – in dit geval: processuele en niet materiële – rechtsstrijd omvat.<sup>79</sup> Dit laatste ligt, zoals wij zojuist zagen, anders ten aanzien van de toepassing van super-dwingend arbitragerecht.

## 5. Conclusie

Per 1 januari 2015 is de Arbitragewet 2015 in werking getreden. Met deze wetwijziging heeft de wetgever juist beoogd de partijautonomie te vergroten en partijen ruimere mogelijkheden te geven om zelf van de wet afwijkende afspraken te maken voor hun arbitrage. Dit heeft ertoe geleid dat in de Arbitragewet 2015, ten opzichte van de Arbitragewet 1986, een verschuiving heeft plaatsgevonden van dwingend recht naar regelend recht. Het aantal bepalingen van regelend arbitragerecht is toegenomen.

Zowel ten aanzien van het materieel recht als ten aanzien van het procesrecht voor de gewone rechter wordt onderscheid gemaakt tussen super-dwingend recht, gewoon-dwingend recht en regelend recht. Bestudering van de bepalingen van de Arbitragewet 2015 leert onzes inziens dat dit onderscheid ook onder de Arbitragewet 2015 kan worden gemaakt en gerechtvaardigd is, terwijl het onder-

scheid tussen super-dwingend recht en gewoon-dwingend recht met betrekking tot het arbitragerecht niet eerder zo is gemaakt.

Het onderscheid is allereerst van belang voor de vraag of het scheidsgerecht een bepaling van arbitragerecht buiten de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve dient toe te passen. Onze conclusie is dat het scheidsgerecht daartoe slechts verplicht is waar het super-dwingend arbitragerecht betreft. Ambtshalve toepassing van gewoon-dwingend recht en regelend recht is buiten de grenzen van de rechtsstrijd niet toegestaan. Zulks heeft tot gevolg dat het arbiters slechts is toegestaan een bepaling van gewoon-dwingend recht of regelend recht toe te passen als een partij daarop een (impliciet) beroep doet, ofwel als de stellingen van een partij daartoe nopen/een partij kennelijk toepassing van de bepaling wenst.

Het onderscheid speelt voorts een rol in het kader van de vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van art. 1065 Rv. Schending of onjuiste toepassing van een bepaling van super-dwingend recht heeft tot gevolg dat een arbitraal vonnis kan worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv wegens strijd met de openbare orde. Een arbitraal vonnis kan daarentegen niet worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde op grond van art. 1065 lid 1 onderdeel e Rv als het scheidsgerecht een bepaling van gewoon-dwingend recht of een bepaling van regelend recht heeft geschonden. De grondslag voor aantasting van een arbitraal vonnis in geval van schending of onjuiste toepassing van een bepaling van gewoon-dwingend of regelend recht is de schending van de opdracht in de zin van art. 1065 lid 1 onderdeel c Rv. Alsdan is het lastiger om het arbitraal vonnis vernietigd te krijgen, dit omdat art. 1065 lid 4 Rv eist dat het moet gaan om een schending van 'ernstige aard'. Terzijde zij opgemerkt dat de vernietiging van een arbitraal vonnis wegens de onjuiste toepassing van een bepaling van regelend arbitragerecht slechts aan de orde zal zijn als partijen van dit regelend recht niet zijn afgeweken. Tot slot verdient opmerking dat niet alleen de *onjuiste* toepassing van bepalingen van gewoon-dwingend arbitragerecht en van bepalingen van regelend arbitragerecht, mits toegepast binnen de grenzen van de – processuele – rechtsstrijd tussen partijen, tot vernietiging van een arbitraal vonnis kan leiden, maar dat ook de *onterechte* ambtshalve toepassing van bepalingen van gewoon-dwingend arbitragerecht en van regelend arbitragerecht buiten de grenzen van de – processuele – rechtsstrijd tussen partijen kan leiden tot vernietiging van het arbitraal vonnis op grond van art. 1065 lid 1 onderdeel c Rv wegens schending van de opdracht. Zulks kan niet het geval zijn bij de ambtshalve toepassing van bepalingen van super-dwingend recht buiten de grenzen van de rechtsstrijd aangezien toepassing juist ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd is geoorloofd.

De hoofdrolspelers in een arbitrage zullen zich bewust moeten zijn van het onderscheid tussen super-dwingend, gewoon-dwingend en regelend arbitragerecht en van de consequenties van het onderscheid voor de (al dan niet

77. Zie G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet*, Deventer: Kluwer 2015, p. 157.

78. Zie hierover uitgebreid: G.J. Meijer, 'De nieuwe Arbitragewet (2015) gezien in het licht van de internationale arbitrage', nog te verschijnen in de NVvP-reeks.

79. H.J. Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1065, aant. 4.

ambtshalve) toepassing daarvan in arbitrage alsook voor de mogelijkheden tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van de onjuiste dan wel onterechte toepassing van bepalingen van super-dwingend, gewoon-dwingend en regelend arbitragerecht. Hierbij zij wel bedacht dat het aantal bepalingen van gewoon-dwingend recht in de Arbitragewet betrekkelijk gering is en dat men in de praktijk met name van doen zal hebben met het aloude onderscheid tussen super-dwingend recht en regelend recht (zie daartoe par. 2.1). Zulks neemt niet weg dat men zich van de *ins en outs* van de toepassing van de bepalingen van gewoon-dwingend arbitragerecht bewust moet zijn, ook omdat het geringe aantal bepalingen van gewoon-dwingend arbitragerecht wel degelijk gevallen bestrijkt die in de praktijk nogal eens voorkomen. Hierbij is te denken aan de al genoemde eiswijziging. Ook de nuances in de toepassing van het regelend arbitragerecht vergen de nodige aandacht. Ofschoon als uitgangspunt voor de bepalingen van super-dwingend arbitragerecht eenvoudigweg heeft te gelden dat zij moeten worden toegepast, is daarvoor wel belangrijk dat men weet in welk geval men met een bepaling van super-dwingend recht van doen heeft.